

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : Note bibliographique : Yan Campagnolo, "Le secret ministériel : théorie et pratique"

Auteur(s) : Geneviève CARTIER

Revue : *RDUS*, 2018, volume 48, numéro 3

Pages : **377-382**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/18403>

Page vide laissée intentionnellement.

Note bibliographique

*Yan Campagnolo, Le secret ministériel : théorie et pratique**

par Geneviève CARTIER**

Le « secret ministériel » désigne l'ensemble des règles qui protègent la confidentialité du processus collectif de décision du Conseil des ministres (le Cabinet) dans le système de gouvernement responsable de type Westminster. Au carrefour des conventions constitutionnelles, de la common law et du droit législatif (ou « statutaire »), le secret ministériel n'est pas aisé à circonscrire, et sa légitimité soulève l'enjeu de l'équilibre entre la confidentialité et la transparence dans le contexte d'une démocratie constitutionnelle qui souscrit au principe de la primauté du droit. Une étude approfondie de la question suppose dès lors non seulement une connaissance des règles et des principes juridiques et politiques applicables, mais aussi une certaine familiarité avec les rouages de la machine gouvernementale au sein de laquelle le Cabinet revendique le secret ministériel.

Dans ce contexte, le professeur Yan Campagnolo, de la Section de common law de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa, présentait le profil tout désigné pour rédiger l'ouvrage *Le secret ministériel : théorie et pratique*. Pour un temps avocat au Bureau du Conseil privé du gouvernement du Canada, ce titulaire d'un doctorat en droit pour une thèse sur le sujet met à profit son expérience des structures du pouvoir exécutif et fait l'analyse critique du cadre normatif applicable au secret ministériel. Son travail donne lieu à un panorama politico-juridique des principes et des enjeux que soulève le secret ministériel, auquel s'ajoute une analyse critique de divers régimes de common law et du droit législatif fédéral qui encadrent son exercice. L'argument central de l'ouvrage est qu'il existe, aujourd'hui encore, de bonnes raisons de protéger le secret ministériel,

* Yan CAMPAGNOLO, *Le secret ministériel : théorie et pratique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, p. 7 (Collection Dikè), prix Walter Owen 2020 (second prix). Les références à cet ouvrage sont mentionnées directement dans le texte, entre parenthèses.

** Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke.

mais que son encadrement juridique pose problème. D'une part, l'auteur souligne l'incohérence des décisions judiciaires dans l'application des principes de common law relatifs au secret ministériel dans certains États. D'autre part, il soutient que certains aspects du droit législatif fédéral canadien en la matière sont incompatibles avec la Constitution de même qu'avec une certaine conception de la primauté du droit. Campagnolo propose donc des moyens de favoriser la cohérence dans l'application des principes de common law, et des avenues susceptibles de réformer le régime législatif fédéral actuel.

Le premier chapitre explore le secret ministériel d'un point de vue politique, à travers les conventions constitutionnelles élaborées pour protéger la confidentialité des travaux du Cabinet. La confidentialité se justifie parce qu'elle permet les discussions franches parmi les ministres et l'efficacité du processus décisionnel. Elle assure également la solidarité ministérielle (p. 34-42). Cette dernière s'avère essentielle au maintien de la confiance de la Chambre des communes envers le gouvernement, dimension fondamentale de tout système de gouvernement de type Westminster. Le secret ministériel n'est toutefois pas absolu, et les conventions constitutionnelles elles-mêmes en ont fixé les limites. D'abord, les opinions personnelles des ministres méritent davantage protection que les renseignements sur la base desquels les opinions sont émises et les décisions prises. Ensuite, la justification pour le maintien de la confidentialité s'estompe avec le passage du temps. Enfin, le secret ministériel ne peut tenir lorsque des considérations d'intérêt public exigent qu'il soit levé, notamment pour que soient mis au jour des cas de mauvaise gestion ou de conduites répréhensibles, voire criminelles (p. 56-90).

Le fondement des conventions constitutionnelles relatives au secret ministériel permet ainsi d'en établir la légitimité, mais la nature politique des conventions limite précisément leur sanction au domaine politique. La protection juridique du secret ministériel doit trouver un fondement dans la common law ou le droit législatif, sans quoi le gouvernement ne peut revendiquer le droit de refuser de divulguer ses secrets dans le cas de litiges ou de demandes d'accès à l'information (p. 90). Dans le deuxième chapitre, Campagnolo aborde la protection juridique du secret ministériel en common law. Il explique la façon dont les tribunaux, s'appuyant sur les

raisons qui justifient les conventions constitutionnelles relatives au secret ministériel exposées dans le premier chapitre, ont étendu la doctrine de common law de l'immunité d'intérêt public aux secrets du Cabinet (p. 90-140). L'immunité d'intérêt public permet au gouvernement de refuser la divulgation de secrets du Cabinet lorsque l'intérêt public le justifie. Comme le droit législatif fédéral canadien a remplacé le régime de common law en la matière, l'auteur procède à une analyse critique de la manière dont les tribunaux ont traité les revendications d'immunité d'intérêt public au Royaume-Uni, en Australie, en Nouvelle-Zélande et dans les juridictions provinciales au Canada. Le principe général pose que les tribunaux ont l'indépendance nécessaire pour légitimement procéder à un contrôle de légalité de ces revendications, sur la base des principes de la primauté du droit et de la séparation des pouvoirs. L'auteur met toutefois en évidence la difficulté pour les tribunaux d'établir de manière cohérente l'équilibre entre l'intérêt public dans la saine administration de la justice et l'intérêt public dans la saine administration du gouvernement (p. 140-177). Son analyse de la jurisprudence révèle une grande variation dans le niveau de déférence accordé au gouvernement et dans la manière d'établir l'équilibre entre les principes en jeu. Campagnolo suggère une « approche rationnelle » principalement axée sur « une analyse coûts-bénéfices des revendications d'immunité d'intérêt public dans le but de maximiser l'intérêt public » (p. 179). Il estime qu'une telle approche est davantage susceptible de favoriser la prévisibilité, la certitude et la transparence des évaluations des revendications d'immunité du gouvernement. Que l'on adhère ou non à la matrice formelle qu'il propose, les considérations de fond sont très éclairantes à cet égard.

Au Canada, des dispositions législatives ont remplacé au fédéral les règles de common law relatives au secret ministériel. Elles confèrent une immunité pratiquement absolue à la confidentialité des renseignements du Cabinet, qui fait contraste avec les régimes de common law étudiés par Campagnolo au deuxième chapitre. D'un côté, l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*¹ prive les tribunaux de leur pouvoir d'examiner les « renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada » et d'ordonner qu'ils soient produits à l'occasion de

¹ *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, c. C-5.

litiges. De l'autre côté, l'article 69 de la *Loi sur l'accès à l'information*² a pour effet d'exclure les renseignements confidentiels du Cabinet du champ d'application de la loi et prive le commissaire à l'information et la Cour fédérale de leur compétence en la matière. Dans le troisième chapitre, l'auteur explique le contexte politique qui a mené à l'adoption de ces dispositions (p. 183-207); il aborde en outre les procédés interprétatifs et administratifs qui ont permis au gouvernement fédéral d'étendre la portée de la protection juridique du secret ministériel au-delà de ce que prescrit la common law (p. 208-261). Ce régime juridique est d'autant plus problématique qu'il retire aux tribunaux le pouvoir d'ordonner la production des renseignements confidentiels indiqués dans la loi de même que de procéder à leur examen pour vérifier que le gouvernement a établi l'équilibre nécessaire entre les aspects divergents de l'intérêt public en cause dans ce type de situation, c'est-à-dire l'intérêt de la justice et l'intérêt de l'administration. L'auteur juge que la portée du régime législatif est excessive et que le contrôle judiciaire des revendications d'immunité se révèle insuffisant.

Dans le quatrième et dernier chapitre, Campagnolo se concentre sur une partie du régime législatif fédéral, soit l'article 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Il soutient que, en privant les tribunaux de leur pouvoir d'examiner les renseignements pour lesquels le gouvernement revendique une immunité et d'ordonner qu'ils soient produits dans le contexte de litiges, cet article « enfreint le principe de la primauté du droit et les dispositions de la Constitution » (p. 269). Toutefois, dit l'auteur, la Cour suprême du Canada a adopté une conception étroite du principe de la primauté du droit « qui présuppose l'existence d'un ordre juridique, dans lequel les règles de droit doivent s'appliquer également à l'État et aux justiciables, et que l'action de l'État est autorisée par des règles de droit » (p. 273). Ainsi conçu, affirme-t-il, le principe de la primauté du droit ne peut lui-même constituer le fondement d'une déclaration formelle d'inconstitutionnalité, bien qu'il puisse intervenir indirectement par la voie de l'interprétation des dispositions de la Constitution. L'auteur considère que la Cour suprême devrait plutôt souscrire à la « conception de la primauté du droit comme culture de la justification », telle qu'elle a

² *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1.

été formulée par David Dyzenhaus dans une série d'articles influents sur la question. À vrai dire, Campagnolo estime que l'ordre juridique canadien adhère implicitement à cette conception. Après une revue des composantes de cette conception de la primauté du droit, il procède à l'analyse de l'article 39 pour conclure qu'il « est inéquitable sur le plan procédural et qu'il empiète sur la compétence et les pouvoirs fondamentaux des cours supérieures. Il est donc incompatible avec la théorie du droit comme culture de la justification et, parce qu'il enfreint les dispositions de la Constitution, il est également inconstitutionnel. » En l'espèce, c'est le gouvernement qui décide de la confidentialité de certains documents et donc de leur protection, ce qui signifie qu'il agit sans l'indépendance et l'impartialité nécessaires pour ce faire. Au surplus, le gouvernement n'a aucune justification à fournir au soutien de sa décision. Par ailleurs, en privant les tribunaux supérieurs de leur pouvoir d'intervenir pour vérifier la légalité des décisions du gouvernement, l'article 39 porte atteinte au principe fondamental de la séparation des pouvoirs (p. 18 et 265).

Dans la conclusion générale de l'ouvrage, l'auteur expose, sous forme d'une série de constats, les éléments essentiels des chapitres précédents et formule des recommandations en vue d'améliorer les aspects les plus problématiques de la common law et du droit législatif applicables au secret ministériel (p. 345-377).

L'ouvrage de Campagnolo marque une contribution importante dans le domaine du droit public. Cet auteur procède à une synthèse remarquable des nombreuses normes applicables au secret ministériel et, de surcroît, enrichit son analyse du contexte politique et administratif qui permet de bien saisir les enjeux et les défis que pose cette question. Qui plus est, le propos s'avère bien écrit, adroitement structuré et rédigé de manière très pédagogique : le lecteur peut aisément naviguer dans le texte, qui alterne entre présentations et synthèses, ce qui en facilite grandement la compréhension.

J'ajouterais que cette publication de Campagnolo ouvre aussi la discussion sur un certain nombre de questions, parmi lesquelles figurent

les suivantes. Ainsi, l'auteur affirme que la Cour suprême adhère à une conception minimale de la primauté du droit, tout en soutenant que la conception alternative qu'il adopte lui-même, celle de la primauté du droit comme culture de la justification, est implicite dans l'ordre juridique canadien. Il va sans dire que la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas synonyme de l'entièreté de l'ordre juridique canadien. Toutefois, il serait intéressant d'approfondir la question de savoir jusqu'où la jurisprudence du plus haut tribunal du pays peut s'opposer aux principes qui composent implicitement l'ordre juridique canadien sans que des tensions menacent l'intégrité du système dans son ensemble.

D'un autre point de vue, l'argument de l'auteur a le mérite de mettre en évidence la complexité des rapports entre le principe de la primauté du droit, l'interprétation constitutionnelle et les fondements sur lesquels les tribunaux peuvent légitimement s'appuyer pour déclarer l'inconstitutionnalité de dispositions législatives. Sous cet angle, son ouvrage représente moins l'aboutissement que la continuité des débats qui entourent la manière de combiner de manière appropriée le droit écrit et les principes non écrits.

Au final, l'ouvrage de Campagnolo montre combien le droit relatif au secret ministériel constitue un formidable laboratoire pour les publicistes du Canada et des juridictions qui partagent sa tradition juridique et politique. Il faut donc souligner la contribution de son ouvrage aux débats relatifs à un domaine du droit qui mobilise les principes fondamentaux de la démocratie et de la primauté du droit.